

O ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO E A QUEBRA NO PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Marcelo Harger¹

O SURGIMENTO DO DIREITO PÚBLICO

O Direito Público regula a atividade estatal. A evolução desse ramo do Direito confunde-se com a história da limitação do poder do Estado. É somente a partir do momento no qual a autoridade suprema do rei passa a ser contestada e que se concebe uma forma de limitação do poder que podemos atribuir-lhe uma evolução significativa.

As concepções dos iluministas franceses, Rousseau e Montesquieu, tiveram um papel decisivo nessa evolução. O primeiro sustenta a soberania popular que acaba servindo de base à atual idéia de democracia. O segundo parte do pressuposto que todo aquele que detém o poder tende a abusar dele e procura limitar o poder pelo próprio poder. O mecanismo imaginado para conseguir esse intento foi a separação das atividades estatais que deveriam, então, ser exercidas por órgãos distintos: Executivo, Legislativo e Judiciário.

A junção dessas duas concepções deu origem ao conceito de Estado de Direito² que tem como elemento central a submissão do poder

1 Advogado em Joinville, mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP, doutorando em Direito Administrativo pela PUC/SP, professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito de Joinville e na Faculdade de Direito da Universidade da Região de Joinville.

2 Celso Antônio Bandeira de Mello. Poder discricionário, pp. 99 e 100.

estatal às leis. Esse elemento central, contudo, não significa que os diferentes Estados tenham adotado uma estrutura idêntica de contenção do poder. Cada qual adaptou os ideais iluministas às necessidades existentes e isso ocasionou estruturas de poder diversas.

A LIMITAÇÃO DO PODER NA INGLATERRA

O primeiro passo na contenção do poder foi dado pela edição da Magna Carta em 1215. Mediante esse diploma legal, pela primeira vez, limitou-se o poder real³. Segundo esse documento, nenhum homem livre poderia ter os seus direitos relativos à vida, à liberdade e à propriedade violados e a supressão destes somente poderia ocorrer segundo a lei da terra (*per legem terrae* ou *law of the land*). É verdade que a referida limitação, inicialmente, beneficiava somente os nobres ingleses que viam os seus privilégios de senhores feudais resguardados⁴.

Essa semente inicial, contudo, acabaria por germinar e ocasionar frutos jamais imaginados pelos barões ingleses⁵.

O que importa ressaltar, nestas breves linhas, é que na Inglaterra sempre se procurou limitar o poder real. O grande arauto dessa luta foi o Parlamento Inglês que, fundamentado nessa filosofia, assumiu um papel de preponderância em relação aos demais poderes estatais, os quais ficam submetidos aos desígnios do Parlamento. Não há um controle sobre a atividade legiferante⁶.

A LIMITAÇÃO DO PODER NA FRANÇA

A limitação do poder na França seguiu um caminho parecido com o da opção Inglesa. Também nesse país consagrou-se a supremacia do Parlamento. Clemerson Merlin Cleve demonstra com clareza as razões para isso:

“Primeiro, o entendimento desenvolvido desde a Revolução de 1789, segundo o qual a lei constitui expressão da vontade geral, por isso

3 Antônio Roberto Sampaio Dória. Direito Constitucional Tributário e *Due Process of Law*, p. 23.

4 *Ibidem*, pp. 10 e 11.

5 Carlos Roberto Siqueira de Castro. O Devido Processo Legal e a razoabilidade das Leis na nova Constituição do Brasil, p. 7.

6 Clémerson Merlin Cléve. A fiscalização abstrata de constitucionalidade do Direito Brasileiro, pp. 46 e 47.

que a soberania da nação reside no Parlamento. Se é assim, se o Parlamento é soberano e se sua obra constitui a expressão da vontade geral, então não há razão para dela se desconfiar. Segundo, os abusos cometidos pelos juízes (*Parlements*), no período que precedeu à Revolução, foi determinante, de certo modo, da desconfiança dos franceses em relação a eles. Aliás, a desconfiança dos revolucionários em relação aos juízes foi determinante do modo como o Judiciário foi organizado na França. Um poder neutro, mudo, cuja única função é aplicar a lei, sem questioná-la, todavia, jamais”⁷.

Somente com a Constituição de 1958, a França passou a experimentar um verdadeiro controle de constitucionalidade. Esse controle, entretanto, tem caráter político e é exercido preventivamente pelo Conselho Constitucional⁸.

A LIMITAÇÃO DO PODER NOS EUA

A limitação do poder nos EUA seguiu um caminho diverso. Esse país, antes da independência, sujeitava-se ao rei e ao Parlamento inglês. Havia, em consequência disso, uma subordinação da colônia aos desígnios da metrópole. Essa subordinação, não raro, implicava a criação de leis que causavam prejuízos aos interesses dos colonos americanos.

Diante dessa situação, é natural que houvesse uma grande desconfiança em relação ao Parlamento e que fossem estabelecidos limites ao poder legislativo. A limitação deu-se, principalmente, pelo controle de constitucionalidade das leis⁹.

A LIMITAÇÃO DO PODER NO BRASIL

A Constituição brasileira de 1824 foi fortemente influenciada pelas concepções inglesas e francesas. Não havia, portanto, fiscalização de constitucionalidade. Isso decorria da idéia de *supremacia do parlamento* e da lei como expressão da vontade geral. Havia, também, o chamado poder moderador, no exercício do qual se atribuía ao Imperador a competência para solucionar conflitos que envolvessem os poderes.

7 Clémerson Merlin Cleve. *Op. cit.*, pp. 48 e 49.

8 *Ibidem*, pp. 49 e 50.

9 Carlos Roberto Siqueira de Castro. *Op. cit.*, p. 16.

As instituições políticas brasileiras alteraram-se, radicalmente, a partir da Constituição de 1891. A Constituição Republicana sofreu forte influência da doutrina jurídica norte-americana. Essa influência fez-se notar até no nome do Estado brasileiro que passava a chamar-se República dos Estados Unidos do Brasil¹⁰. A aproximação também deu-se pela adoção do Presidencialismo, do Legislativo Bicameral, da Federação e da *Judicial Review*.

Essa aproximação com o sistema norte-americano foi mantida até a Constituição de 1988.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

A Constituição de 1988 segue a mesma linha de suas antecessoras. Mantém o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário. Consagra, em seu artigo 2º, a tripartição de poderes ao estabelecer que são *Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*. A independência e harmonia dos três poderes, todavia, não significa que a Constituição tenha estabelecido um sistema radical de não interferência entre as diferentes funções do Estado. José Afonso da Silva ensina a esse respeito que:

“De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”¹¹.

A existência de equilíbrio, contudo, não significa uma igualdade entre os poderes¹². No sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre no Argentino, pode ser identificada uma “hierarquia relativa” entre os poderes. Essa hierarquia implica uma preponderância do Judiciário em relação aos demais poderes e do Legislativo em relação ao Executivo¹³.

10 Assim dispunha o art. 1º da Constituição de 1891: “A nação brasileira adota como forma de governo, sob o regimen representativo, a República Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brazil” (Hilton Lobo Campanhole e Adriano Campanhole. *Constituições do Brasil*, p. 151).

11 José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 114.

12 Agustín Gordillo, *Princípios gerais de Direito Público*, Trad. Marco Aurélio Greco, p. 52.

13 Essa constatação não implica uma quebra no princípio da tripartição dos poderes. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins são bastante claros quanto a esse aspecto, ao dizer que “quando o Executivo cumpre uma lei do Legislativo, ele não está a quebrar o princípio

A supremacia do Legislativo sobre o Executivo evidencia-se pelo seguinte: a) o Poder Executivo submete-se ao princípio da legalidade estrita (art. 37 da CF)¹⁴; b) o Poder Legislativo pode remover o chefe do Poder Executivo mediante juízo político (arts. 85 e 86 da CF); c) o Poder Legislativo pode derrubar os vetos impostos pelo Poder Executivo (art. 66 da CF)¹⁵; d) a existência do chamado veto legislativo (art. 49, V).

A preponderância do Poder Judiciário sobre o Legislativo decorre das seguintes constatações: a) o Poder Judiciário pode declarar inconstitucionais as leis elaboradas pelo Congresso Nacional; b) o Congresso Nacional não pode rever decisões do Poder Judiciário.

Agustín Gordillo chega à mesma conclusão no direito argentino e afirma a esse respeito que:

“A Constituição é o que a Corte Suprema decide que é: estando nas mãos do Poder Judiciário a interpretação final e indiscutível do sentido e alcance das normas constitucionais, é óbvio que é o Poder Judiciário que tem, no sistema constitucional, primazia sobre o Poder Legislativo”^{16 17}.

Constata-se que, abstratamente, o ordenamento jurídico brasileiro prevê uma estrutura que poderia ser expressa da seguinte maneira: Poder Judiciário > Poder Legislativo > Poder Executivo.

A INVERSÃO NA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DE TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

O sistema de equilíbrio previsto abstratamente pela Constituição não tem funcionado concretamente. Na realidade, tem havido uma inversão bastante perigosa na “hierarquia relativa” estabelecida para os três poderes. É que circunstâncias sociais e políticas acabam por conferir uma preponderância, de fato, do Executivo sobre o Legislativo.

da separação dos poderes mas simplesmente cumprindo a sua parte no mecanismo de funcionamento do Estado” (Comentários à Constituição do Brasil, p. 438).

14 O Poder Executivo submete-se ao Legislativo até mesmo em relação aos gastos que deverão ser incluídos na lei orçamentária.

15 Agustín Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1, p. III-5.

16 *Idem*. Princípios Gerais de Direito Público. Trad. Marco Aurélio Greco, pp. 52/53.

17 O fato de o presidente da República nomear, mediante aprovação do Senado Federal, os ministros dos tribunais superiores não retira a supremacia do Poder Judiciário. Isso ocorre porque os magistrados recebem cargos vitalícios. A vitaliciedade aliada à composição colegiada desses órgãos garantem a primazia do Poder Judiciário.

Sobre como se processa essa preponderância, trazemos os ensinamentos de Agustín Gordillo que, apesar de fazerem referência ao sistema jurídico argentino, são plenamente aplicáveis ao Brasil:

“1) dado que as nomeações dos funcionários públicos são feitas pelo Poder Executivo, e que uma parte lamentavelmente importante do êxito político dos parlamentares é a sua habilidade para obter retribuições e postos para seus afilhados e patrocinadores, resulta que cada parlamentar está em geral solicitando do Executivo a nomeação deste ou daquele amigo ou correligionário da Administração Pública, com o que o legislador se coloca em posição de peticionário mais ou menos submisso ao Executivo de quem solicita o gracioso favor;

“2) dado que o Presidente da República costuma ser, formal ou informalmente e salvo poucas exceções, a cabeça visível do partido governante, os deputados e senadores não podem tampouco tomar uma atitude muito firme de controle, com o temor de prejudicar sua carreira política;

“3) o Executivo, que conta com meios de publicidade que não estão em igual grau ao alcance dos legisladores, consegue usualmente criar uma imagem mais popular na opinião pública que a dos legisladores individualmente ou do Parlamento em conjunto; essa imagem popular pressiona por sua vez a favor do Executivo e suas obras reais ou presumidas, e contra o Parlamento, destacando sempre mais os erros e deficiências do segundo que os do primeiro;

“4) por vezes, algumas cartas ou estatutos lhes dão uma ingerência formal na própria elaboração da Lei”^{18 19}.

Sobre a situação do Judiciário, assevera o festejado jurista argentino o seguinte:

“Ademais, a posição do Poder Judiciário acha-se em geral bastante deteriorada, em primeiro lugar, ao nosso modo de ver com desacerto, porque tem uma certa responsabilidade *política* na conduta do governo, e sob esta impressão julga muito benevolentemente aos atos do mesmo, entendendo estar assim colaborando com ele. Deste modo, não só deixa de exercer sua função, que não é governar mas julgar a aplicação do Direito aos casos concretos, além de também perder pouco a pouco critério diretor do que deveria ser a sua atribuição específica. O Executivo, longe de reconhecer essa suposta colaboração, passa

18 Agustín Gordillo. *Princípios gerais de Direito Público*. Trad. Marco Aurélio Greco, p. 54.

19 No Brasil, a atividade legislativa do Executivo tem ocorrido mediante a edição de medidas provisórias em grande profusão.

então a supor que não está senão fazendo o que deve e desse modo nos poucos casos em que o Poder Judiciário se decide finalmente a assentar seu critério jurídico, este é pouco menos que motivo de escândalo público e o Executivo será o primeiro a protestar por uma suposta invasão de suas atribuições, que sem dúvida não é verdadeira. Como se isso fosse pouco o Poder Judiciário também limita seu próprio controle de constitucionalidade somente aos casos concretos e com efeito restritos a estes casos; de que só declarará a inconstitucionalidade quando esta seja ‘clara e manifesta’, como se não fosse seu dever declará-la quando existe, seja ou não manifesta etc.”²⁰.

Essas constatações demonstram que o equilíbrio previsto idealmente pela Constituição Federal brasileira foi nitidamente quebrado²¹. Houve uma perigosa inversão na ordem de “hierarquia relativa” estabelecida pela Constituição, que passa a assumir o seguinte formato: Poder Judiciário < Poder Legislativo < Poder Executivo.

Poder-se-ia argumentar que esse desequilíbrio seria decorrente de um mal funcionamento dos poderes Legislativo e Judiciário. A resposta a essa indagação é também fornecida por Gordillo e servirá de conclusão ao presente trabalho. Afirma esse jurista sobre o Estado de Direito que:

“Se constatarmos que neste funciona mal um dos poderes que o condiciona, o que devemos fazer é corrigir seus defeitos para que funcione bem e não acentuá-los ainda mais. (...) Se não agirmos assim, levaríamos o desequilíbrio ao seu ponto máximo. Isto seria, obviamente, a institucionalização da ditadura. É nosso dever, pois, tratar de solucionar as crises do Parlamento ou da Justiça, fortalecendo-os para que, sem perda do equilíbrio dos poderes, cumpram com a função que o processo de desenvolvimento os exige”²².

20 Essa situação é verificada no Brasil pela timidez do Judiciário ao analisar os requisitos para a edição de medidas provisórias.

21 O desequilíbrio é flagrante. O Executivo brasileiro tem legislado em causa própria, mediante medidas provisórias e da subserviência do Congresso. O Judiciário tem sido limitado em suas prerrogativas de conferir liminares contra o Poder Público e, de um modo geral, tem aceito passivamente essas limitações. O exemplo mais recente dessa subserviência foi a promulgação da Emenda Constitucional n. 30 que alterou as regras para pagamento dos precatórios e “constitucionalizou” um calote por parte do Poder Público em relação aos seus credores.

22 Agustín Gordillo. *Princípios Gerais de Direito Público*. Marco Aurélio Greco, p. 57.

BIBLIOGRAFIA

- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Granda (1988). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva.
- BORNHOLDT, Max Roberto (coord.12001). *ICMS/SC: Regulamento anotado*. 1ª edição. Curitiba: Juruá.
- CAMPANHOLE, Hilton Lobo e Adriano (1998). *Constituições do Brasil*. 12ª edição. São Paulo: Atlas.
- CARRAZZA, Elizabeth Nazar (coord.11999). *Direito Tributário Constitucional*. 1ª edição. Curitiba: Max Limonad.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de (1989). *O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense.
- CLÉVE, Clemerson Merlin (1995). *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio (1986). *Direito Constitucional Tributário e "Due Process of Law"*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense.
- GORDILLO, Agustin (1977). *Princípios gerais de Direito Público*. trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____ (1995). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, 3ª edição. Buenos Aires: Macchi.
- HARGER, Marcelo (2001). *Princípios constitucionais do processo administrativo*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de (1985). *Poder Discrecionário*. Revista de Direito Público nº 76.
- SILVA, José Afonso da (2001). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª edição. São Paulo: Malheiros.